算法推荐场景中版权侵权的平台责任——从“通知—删除”避风港到技术避风港

杨欣宇
（中国政法大学 北京 102200）

【摘要】

算法推荐的出现，为版权侵权领域带来了相当大的冲击。平台引入算法进行作品审核和推荐，使得平台对版权侵权的主观过错要件认定“已知”和“应知”变得愈发困难，且在融入了算法推荐和定向广告投送的商业模式下，平台也已经逐渐丧失其原有的技术中立地位。这一切，在自媒体蓬勃发展、大众版权意识增强的当下，使得“通知-删除”避风港在实际运行过程中遭遇了新的问题，同时，以版权侵权平台责任的责任形态的变化对“通知-删除”避风港的理论基础造成了一定冲击。而在此情形下，我国应当引入技术避风港，用以在不妨碍平台自主运行的情况下，引导平台积极履行版权过滤义务，促进版权过滤技术的应用和完善，达到兼顾平台运行的效率价值和版权保护的公平价值。

【关键词】算法推荐 版权侵权 平台责任

引言

目前音频、视频网站不断发展，这些网站通过引入算法推荐技术，实现针对用户喜好进行针对性推送音、视频，更好满足用户需求。但算法推荐技术相比传统人工推荐，由于在推荐过程中没有人工因素介入，在其推荐客观上成为侵权行为并造成损害结果时，算法极易成为网络服务提供者主张不具备侵权构成要件之主观故意的挡箭牌。传统的“通知-删除”避风港原则在侵权故意中“明知”和“应知”的认定上产生模糊地带。这一点从实际的司法裁判观点出现分歧也能得到印证。本文旨在分析算法推荐为版权侵权领域带来的冲击，进而研究现有“通知-删除”避风港制度在治理版权侵权问题的中的优势与不足，并就版权侵权领域面对的新问题，提出一种可能的解决途径——引入技术避风港制度，并对其具体运行机制进行分析。

一、新问题的出现：司法裁判观点存在分歧

算法推荐技术，即利用生成合成类、个性化推送类、排序精选类、检索过滤类、调度决策类等算法技术向用户提供信息。[①]这一技术被诸多互联网平台运用，但由于算法推荐技术并不存在人工的直接干涉，取而代之的是平台自主选择算法后交由算法决定信息的提供，这一变化对于原有的平台责任认定中所依靠的“通知—删除”避风港原则提出了新的问题，即在“平台推送侵权视频”这一行为，是否代表平台的“明知”或“应知”。 而就实践而言，涉及算法推荐的两大案件，“爱奇艺字节跳动诉案”和“优酷诉喜马拉雅案”，裁判结果并不相同。

在号称“中国算法推荐第一案”的“爱奇艺诉字节跳动案”[②]中，爱奇艺经授权依法享有影视作品《延禧攻略》在全球范围内独占的信息网络传播权，字节跳动未经授权，在该剧热播期间，通过其运营的“今日头条”iOS 和安卓版手机应用程序，利用算法推荐技术，将用户上传的截取自该剧的短视频向公众传播并推荐，导致播放量极高，其中单条最高播放量超过 110 万次。但对于该案，尽管在爱奇艺公司向字节公司发送的预警函及律师函中，也并未包括涉案短视频的具体 URL 等能够精确定位侵权文件的信息，北京市海淀区人民法院还是基于应用算法推荐应承担更高注意义务认为字节跳动构成帮助侵权，判决字节跳动向爱奇艺赔偿共计 200 万元。

但在“优酷诉喜马拉雅案”[③]中，二审法院因优酷公司在得知侵权后近一年半的时间里未向喜马拉雅公司发送侵权通知，认定喜马拉雅公司不存在明知。又基于喜马拉雅公司未针对涉案侵权音频进行人工选择、编辑、修改、推荐。不能基于个性化推荐内容中涉及涉案音频即认定存在主动推荐行为，且未从侵权内容中获得直接经济利益，认定喜马拉雅公司亦不存在应知。此外，二审法院还认为，不能因算法推荐技术的使用而当然推定网络服务提供者信息管理能力的提高而承担更多注意义务，因此认定喜马拉雅公司不构成帮助侵权。

[①] 网信办《互联网信息服务算法推荐管理规定》。
[②] 北京海淀区人民法院民事判决书，(2018)京 0108 民初 49421 号。
[③] 上海知识产权法院民事判决书，（2023）沪 73 民终 287 号。

两个案件相对比，我们可以看到明显的分歧，爱奇艺案中的通知不能定位侵权视频，但法院仍然认为采用了算法推荐的平台对侵权行为构成了应知，而优酷案则恰恰相反，此外，法院对于平台是否从侵权行为中获取直接经济利益也产生了分歧。“通知”的意义在于什么？侵权的主观应当如何认定？平台在侵权行为中的定位应当为何？在此情况下“通知-删除”避风港的去向如何？判决书的分歧恰恰体现了算法推荐技术对现有“通知-删除”避风港制度的运行乃至现有版权侵权责任制度提出了新问题，而这或许需要迭代新的制度予以应对。

二、“通知-删除”避风港的应用分析

（一） 避风港的一般原理

在我们讨论现行的认定平台责任的制度构建，即“通知-删除”避风港[①]，以及下文将着重分析的一种可能引进而作为弥补“通知-删除”避风港现有不足的技术避风港之前，避风港这一法律技术的一般原理的分析，应当作为前置问题进行处理，通过对一般原理的分析，我们能够更好地分析现有“通知-删除”避风港的优点与不足，同样也能更好地解释引入技术避风港的原因。

避风港，或称安全港，是权威机关在相对原则、一般的行为限制和追责体制下，以具体规则的形式，为受法律约束的社会行为主体指明有限、有条件的合规路径的一种法律技术；当行为主体选择在安全港范围内开展相关活动时，便可获得较为确定的免于被追究违法责任的预期。[②]即对于避风港制度而言，其目的在于，藉由公权力的指引，就某一类责任所对应的行为，为社会主体就某项责任提供一个可选的合规路径，社会主体在事前可选地进行合规，这种合规一旦达成，则成为该社会主体在面临责任追究时可主张的免责事由。

相比其他制度，避风港制度最大的特点是“有限性”和“有条件性”。“有限”是指该合规以及其对应的免责事由的范围有限，只针对有限的特定的情形免除进入避风港的社会主体的责任。“有条件性”实际上就是社会主体为换取责任免除，需依照要求完成合规。以“通知-删除”避风港为例，“有限性”对应的是“通知-删除”避风港免除的是版权侵权中的平台责任，是一种间接侵权责任，而不免除平台自主上传侵权作品等直接侵权责任。“有条件性”则对应的是平台需在接收到版权方的通知后，及时进行删除，满足该条件就能为平台换取平台责任的免除。

因此可见，避风港制度的本质在于，就某类责任，为相关社会主体提供一个明确的可选项，社会主体可以积极作为换取免责，若该合规条件对社会主体而言过于苛刻，其也可放弃驶入避风港，避风港外也不代表必然“翻船”。相比直接苛以相关主体对应责任，社会主体非满足则必被追究责任的手段，避风港对社会主体而言更为自由，且必然明确，因而有着在不加重社会主体负担的情况下对其进行引导，从而规范市场秩序的作用。

[①] 对于该制度因翻译和使用场景不同，有“通知-屏蔽”避风港或安全港等其他称谓，以下均以““通知-删除”避风港指称该制度。

[②] 戴昕：《作为法律技术的安全港规则:原理与前景》，载《法学家》，2023 第 2 期，第 31-46、192 页。

（二） 我国立法现状

对于“通知-删除”避风港制度的立法，目前可见于《信息网络传播权保护条例》（以下简称“《条例》”）和《民法典》之中。于 2006 年实行的《条例》的第十四条至第十七条[①]对“通知-删除”避风港最早的吸收，而后在《侵权责任法》的第三十六条[②]也有所规定，而该条规定演变为如今《民法典》的第一千一百九十五条至一千一百九十七条。[③]其中《民法典》的规定不仅包含原则，还在一千一百九十七条规定了例外，也被称为“红旗原则”。[④]

从避风港制度的原理入手，我们可以看出，我国目前的“通知-删除”避风港制度是极为典型的避风港，“有限性”体现在平台藉由“通知-删除”避风港获取的免责限于平台就用户实施版权侵权行为的连带责任，“有条件性”体现在平台必须在收到符合标准的通知后立即删除侵权作品。

而观察从这一制度的设计，我们可以推知我国对于版权侵权中平台责任的定位。“通知-删除”的整套操作必须由版权方向平台进行通知启动，即平台必须先对版权侵权知情，才需要藉由“删除”来豁免平台的责任。同样的特点也在“通知-删除”避风港的例外，即“红旗原则”中能够体现，若侵权行为如红旗般显而易见，则无需通知，平台亦应当删除。这一点从法条上也能得到印证，“知道或者应当知道”被列明为平台承担连带责任的前提条件。故而可以看出，在立法者眼中，我国对于版权侵权中平台责任，被定位为需明知或应知用户侵权而放任其侵权，主观上对侵权持帮助的故意，客观上未采取积极行动而造成版权侵权损害发生的帮助侵权责任。

（三） 积极意义

“通知-删除”避风港的积极作用，主要在于实现公平的过程中兼顾了效率。以视频网站哔哩哔哩（以下简称“B 站”）为例，其月均投稿量达 2,250 万[⑤]，即便考虑运用算法辅助审核，倘若需要对每一条视频的版权侵权都承担相应的责任，那么 B 站在审核人员上的投入依然需求巨大。而“通知-删除”避风港的作用就在于，给了此类平台一个明确的合规途径和免责预期，只要接到通知后立即下架侵权作品，平台就能免于被追究责任，由此大大减轻了平台负担，避免了审核人员的高额支出对公司资金链造成压力，而这也是 B 站在 2022 年审核人员仅有 3874 人的原因。[⑥]而且对于内容量不大的小平台而言，若其承担不起下架作品

[①] 其中《信息网络传播权保护条例》 第十四条规定了对“通知”的要求，第十五条规定了“删除”的义务，第十六条规定了服务对象要求恢复被删除的未侵权作品的权利，第十七条规定了网络服务提供者转通知的义务。

[②] 《侵权责任法》第三十六条 网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的，应当承担侵权责任。网络用户利用网络服务实施侵权行为的，被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。

[③] 《民法典》第一千一百九十五条相比原有《侵权责任法》增加了对通知的要求、转通知的义务、权利人错误通知的责任。第一千一百九十六条则是给予认为自身未侵权的网络用户的维权途径。

[④] 红旗原则即《民法典》第一千一百九十七条：网络服务提供者知道或者应当知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。

[⑤] 数据来源为 B 站 2023 年第一季度财报。

[⑥] 数据来源为 B 站 2022 年年度财报。

的损失，由于“通知-删除”避风港并非强行要求，其只要投入人力对平台上内容的版权问题进行审核，对平台上的视频的版权问题有着清晰的把握，也可以在收到通知后不选择下架，避免因过多的通知影响其平台内容量。如此，“通知-删除”避风港以一种增加的可选项，为部分平台提供了一条的节约成本的途径，而对另外部分平台也无弊害。由此，在“通知-删除”避风港的鼓励之下，平台出于经济利益的考量，能够积极响应版权权利人的通知，在侵权作品还未广泛传播扩散之前及时删除下架，达到事后及时止损的效果。

三、“通知-删除”避风港面临的挑战

（一）实然角度

1. 错误删除问题

如今“通知-删除”避风港运行过程中，平台面临的投诉数量相当庞大，这一点是不同领域下“通知-删除”避风港面临的共同问题，以阿里巴巴为例，截至2021年底,通过平台的投诉机制保护的各类知识产权权利数量超过了68万项。[①]夹杂着恶意投诉的海量的通知本就使得“通知-删除”避风港对平台的减小运营成本的利好被削弱，庞大的基数下还自然存在权利人的错误通知和平台的误判，而当前平台面对海量投诉大多以算法自动化地处理通知，由此难免产生错误删除，将对作品作者造成相当的损失，却难以就此追究平台的责任，蒙受损失无法救济。由此可见，“通知-删除”避风港的减负作用随着权利意识的增强、自媒体的发展等条件的变化逐渐削弱，而“通知-删除”避风港制度下，错误通知和错误删除给作品作者带来损害也难以弥补。

2. 司法资源仍旧供不应求

实然上，评估“通知-删除”避风港效果的另一个角度，是观察版权侵权案件的数量。若“通知-删除”避风港是否发挥了其事后补救的效果，则权利人的权利得到了一定保护且平台获得免责，权利人因此不会选择起诉，侵权案件因此不会频发，反之，则体现出“通知-删除”避风港本身运行存在问题或虽平稳运行但仅依赖“通知-删除”避风港不足以治理当下的版权侵权问题。而近三年，我国每年新收的著作权案件数量分别为 313497 件、360489 件、255693 件[②]，对比平台的侵权投诉数量，不能否认“通知-删除”避风港确实发挥了作用，但著作权案件数量居高不下，司法资源相对案件数量仍旧捉襟见肘，可见近年来的版权侵权问题治理上，仅依靠“通知-删除”避风港并不足以完成。

① 阿里巴巴集团：《2021 阿里巴巴知识产权保护年度报告》，2022 年 3 月 31 日。
② 参见最高人民法院：《中国法院知识产权司法保护状况（2020、2021、2022）》.

（二）理论角度

1. 侵权的主观过错要件难以成立

版权侵权问题是侵权问题的一种特殊情况，因此侵权问题的一般分析方法即四要件亦应当能在此适用。侵权问题的四要件为侵权行为、损害结果、因果关系、主观过错。即平台的侵权行为是将侵权视频推送，损害结果为造成版权人权利受损，因果关系即正是由于该推送行为导致视频被更多人浏览而造成损害，此三项均容易满足。而就主观过错一项，由于平台推送及审核机制的变化，其认定遇到了一些问题。

主观过错分为故意或重大过失二类，我国引入“通知-删除”避风港规则处理版权侵权的平台责任的时间为2006年的《条例》。那时的互联网平台，视频采用人工审核，视频的推送模式也为同质化的推送，后台依据视频播放、评论量等数据排名，统一推送给全站用户。在这样的情况下，由于审核推送是通过人工操作，推送的结果也表现在平台呈现给所有用户的“首页”或“排行榜”等所有人可见的领域，若有侵权作品得到推荐，自然可以认为平台存在明知或应知其侵权而让其通过审核乃至广为推送的主观过错。

但在人工智能技术应用于审核、同质化推送被个性化推送取代的现在，先前认定主观过错的事实基础不复存在。从审核而言，当前视频平台广泛采用了“算法+人工”的审核模式，由算法对作品进行初步审核，仅对算法认为存在侵权风险的视频启动人工审核，这是自然是平台在目前上传作品门槛极低、作品上传数量暴增情况下的合理选择，但对于侵权作品，若其直接通过了算法的初步审核，则其将在完全未受人工介入的情况下上传到平台并向用户推送，自然，“算法”不具备人格、没有主观，自然这不能称为“人的疏忽”而认定为重大过失。而直接认为平台使用的算法存在漏洞和错误，以此认定平台的过错，既有苛责平台之嫌，又超出了法院的专业能力。

需要注意的是，即便由于算法介入导致人工的主观过错可能不存在，但只要存在有效通知，平台确实就应当被认定为明知。也就是说，主观过错要件的认定模糊对于“通知-删除”避风港的运行本身可能不存在影响。但这一问题影响的可能是“通知-删除”避风港的所依赖的归责基础。若确实难以认定平台主观上有此种过错，而平台又能通过侵权行为为自身谋取利益（这部分将在下文予以阐释）时，平台的版权侵权行为就未必构成帮助侵权责任，或言之，或许存在另一种责任更适于此时的平台，那么以帮助侵权责任为归责基础的“通知-删除”避风港制度就丧失了其运行的底层逻辑。

2. “技术中立”的消解

在算法广泛被平台运用的同时，平台自身的定位也发生了转变。平台的运营模式、收入结构，都受到了算法的影响。在人工审核、统一推荐的过去，平台的营收与作品上传者之间没有过大的关联，除开统一推送的广告，平台并不从上传视频的浏览中获利。而这些广告，从位置上看，一般处于视频片头或页面固定位

置，从内容上看，则是平台统一投放，无论用户观看何种作品，平台都能获得同样的收益。甚至平台的收入在于出售会员服务，用以允许用户浏览平台拥有版权的影视剧作、独家音乐乃至跳过广告。此时的平台可以说是纯粹中立的角色，用户自由上传、自由欣赏而平台不从中牟利。

但今时不同往日，如今的平台的盈利是依靠用户黏性开发流量经济，而流量经济开发的形式之一，是将网络内容的个性化推荐与商业广告的精准投放相结合。[①]对于不同特点的用户，平台会针对性投送不同的广告，如为孕妇投送母婴用品、为年轻人投送新品游戏等，平台将与作品内容类似的广告捆绑推送，即作品推送影响了广告投放，而广告投放又直接影响平台收益，平台的中立性自然丧失。同时，平台、广告商、部分内容创作者之间也产生了一种新的三方关系，以 B 站旗下的“Bilibili 花火 UP 主商业合作平台”（以下简称花火平台）[②]为例，相比以往的广告商亲自或依靠代理商，直接建立于内容创作者的合作关系，花火平台的运行中引入了 B 站官方，其作用为 B 站进行 UP 主、MCN、品牌商（或代理商）入驻审查，从而以自身信用为发生在内容创作者和广告商之间的交易背书，同时广告费用也由 B 站中转。这种新型模式确实有稳定双方交易的良好作用，但另一方面，B 站的服务并非免费，其将按一定比例从广告费中抽成。这种新三方关系使得平台从原有的中立方变为了广告收益的直接利益相关方。此外，相比于过去的作品上传者与平台之间互不依附的关系，如今的平台也开始签约内容创作者，依靠独家的内容获得竞争优势，部分作品上传者通过签约依附于平台，以其与平台共享收益、作品由平台独占换取平台的推广，其作品中投放的广告亦有平台抽成。

由此可见，平台逐渐从相对用户、作品上传者中立的第三方，变为了从用户乃至作品上传者身上寻求利益的一方。而此时使用算法推荐技术的平台，通过使用和修改推荐算法，能够一定程度上控制何种作品能得到广泛推送、作品能推送至何种用户，且对于版权侵权行为，平台能把借此吸引的流量转化为营收，从侵权行为中直接获益。这一点，在司法实践上也已经得到一定的确认，如前文提及的爱奇艺诉字节跳动案的判决书中提及“字节公司以其服务特点和技术优势帮助用户在移动互联网上高效率地获得更多的曝光和关注的同时，也为自身获取了更多的流量和市场竞争优势等利益。”[③]此外，需要阐明的一点是，流量利益虽从表面看来，似乎是平台运营模式影响流量访问带来而与某部特定的作品无关，但实际上，由于版权存在，侵权作品为平台带来的是原本不属于该平台的流量，故而平台能够从允许、纵容侵权作品上获取利益，前述说法亦不能成立。

我们可以说，在如今算法推荐得到广泛运用的版权侵权问题上，技术已经逐渐失去了它的中立性。而在以“技术中立”为理念，确立的“通知-删除”避风港制度下，平台反而可以利用这一避风港的免责，自身通过“优化”算法，纵容、鼓励侵权，借此攫取利益后即便面临指控，也只需在收到通知后删除，反而能够逃脱责任。

[①] 李安:《智能时代版权“避风港”规则的危机与变革》，载《华中科技大学学报(社会科学版)》，2021 年第 3 期，第 107-118 页。

[②]“ UP 主”是 B 站及其用户对于个人内容上传者的称呼，花火平台网址：https://huahuo.bilibili.com/。

[③] 北京海淀区人民法院民事判决书，(2018)京 0108 民初 49421 号。

四、技术避风港的引入的可行性

承前所述，在算法推荐的影响下，平台的商业模式发生了变化，原有的对于版权侵权制度的“通知-删除”避风港因通知有效性、主观过错的认定以及“技术中立”的影响，从制度的归责基础到实际运行都面临了一定的问题。平台虽藉由他人的版权侵权行为能够获取到一定利益，但从我国最早的司法实践案例中，就未认同过网络服务提供者仅因用户的侵权行为就要“依据现行法律认定承担责任”的观点。[①]故而版权侵权问题上，不能过于偏袒平台或权利人任何一方，平台作为一个独立于侵权作品上传人、版权权利人之外的一方，也需要一定的保护。在此情景下，本文认为，技术避风港的引入或许是一种可行的手段。

（一）技术避风港的含义和类型

技术避风港，亦是避风港的一种，在其他领域如环境法中运用较多，如对于排放污染物，政府发布相应合规技术规范，企业应用符合规范的技术，即可获得免责。以前文一般原理对其进行介绍，技术避风港的“有条件性”在版权侵权领域即是平台能够依据避风港获得版权侵权责任的免除，而“有条件性”则体现在，平台需应用公权力机关指定的技术。也就是说其运行模式为，监管机构通过技术审核，认定一项或多项技术方案作为合规技术方案，一旦平台按照要求采取了合规技术方案，就能获得平台责任豁免。而技术避风港的类别，一般有“白名单”和“自评估”两种，前者为公权力机关发布合规技术名单，后者为公权力机关定期审核平台自评估报告，对于应用了白名单内技术或自评估报告审核通过的平台予以责任豁免。[②]而版权侵权平台责任中的技术避风港，即是平台以应用合规的版权过滤技术换取平台责任的免除。

（二）引入技术避风港的可行性分析

从版权过滤的技术上看，目前西方已有较为成熟的版权过滤技术，如Youtube的内容身份系统（ContentID），Youtube通过站内视频和版权方自主上传的版权信息，建立比对数据库，以算法提取待审核视频的关键元素并与数据库中的版权信息进行比对。而国内亦有腾讯的“视频基因比对技术”和爱奇艺的“视频指纹技术”等，其原理也与ContentID类似，通过比对待审核视频和站内视频的关键元素，判断是否涉嫌侵权。虽然目前国内的版权过滤技术数据库规模和比对算法成熟度还未能完全与ContentID匹敌，但也已经相对成熟，故我国在版权侵权领域设置技术避风港具有相当的可行性。

[①] 王迁:《<信息网络传播权保护条例>中“避风港”规则的效力》，载《法学》，2010年第6期，第128-140页。

[②] 关于技术避风港的含义和两种类型的具体运作模式，参见沈伟伟:《技术避风港的实践及法理反思》，载《中外法学》，2023年第4期，第906-922页。

（三）引入技术避风港的必要性分析

1. 对事前预防手段的补足

就我国现阶段的版权治理而言，“通知-删除”避风港制度之于平台的意义在于通过删除下架侵权作品的方式换取侵权豁免，以减轻平台在审核方面的投入。而“通知-删除”避风港对于版权权利人的作用在于，以此种平台能够轻易达成且有利于平台的手段，促使平台尽快删除下架侵权作品，而非走入诉讼程序，避免侵权作品有进一步扩散的时间，以此避免版权所受侵害扩大化。但综观“通知-删除”避风港的整套流程，其启动需要以权利人对平台的通知开始，而权利人对平台的通知又以侵权作品已经上传平台并初步传播为原因，换言之，“通知-删除”避风港作为事后救济手段，只能做到减小损害，无法消除损害。这便带来了前文所述侵权案件频发这一平台与权利人都不愿意见到的结果。

除开现今侵权投诉量和诉讼量依然巨大以外，“通知-删除”避风港还面临着错误删除问题的困扰。而解决这些问题，从事前入手或许是一条可行途径，从平台愿意选择“通知-删除”避风港可以看出，事前的审核程序若想达到效果，在审核方面的人员分配和预算支出均达到了平台不愿接受的水平，因此通过作为义务反推平台采取事前手段并不现实。且即便设置作为义务，亦需要技术避风港来辅助其运行，这一点将在后文中进行论述。因此正所谓“堵不如疏”，平台以市场经济的逻辑运行，“通知-删除”避风港为广大平台所采用就说明了，平台面对一条明确的免责途径，会自行比较得失，并采用支出最小的方案。技术避风港的设置，能够向平台明确事前预防的具体手段，平台借此亦能得到免责，由此平台所做的利益权衡除开原有的投入资金响应版权人的通知，亦可投入资金完善审核算法，由于技术避风港制度下，公权力机关会对平台需应用的“技术”做明确要求，平台投入的研发成本就可极大减少并有明确预估。如此则主动加强事前预防对于平台，从原有的投入过大且收益未知，变为投入可接受且能换取责任免除，权衡利弊之下，自有平台愿意选择。

2. 作为应对版权侵权归责基础变化的对策

承接前述，对于如今的平台商业模式而言，平台能够从版权侵权中直接获取包括流量利益和竞争优势等可观的利益，且因为作品推荐所运用的算法由平台自主选择，平台对其上的作品也有着一定的控制能力，乃至实际上能够纵容、鼓励侵权作品的上传与传播。平台身份从为用户提供基础技术支持和简单数据传送到参与到平台内容的管理与运作的身份的转变。[①]由此，能够得见，平台在版权侵权问题之中的定位，从附属于侵权作品上传人，为其依靠侵权获利提供帮助，逐渐转变为相对独立于侵权作品上传人，通过纵容侵权行为，为自己牟取利益。

如前文所述，从侵权的构成要件角度进行分析，算法推荐的引入导致了平台在认定“帮助”的主观过错要件上存在困难，而平台在版权侵权问题中的定位变化，或许为我们指出了解决这一问题的一种可行办法。平台既然难以认定对个案的版权侵权的帮助的存在主观过错，同时还可从版权侵权中直接获利，不妨改变

[①] 王雪蕾：《我国网络平台版权过滤义务的引入与构建》，载《电子知识产权》，2023 年第 2 期，第 34-46 页。

主观过错所要认定的内容，平台无需考虑个案的“明知”或“应知”只需对版权侵权问题持纵容态度或在平台负责的版权审查中出现重大过失，即可认定为平台对版权侵权问题具备主观过错。从责任形态的角度进行分析，也能得到相同的结论，平台在版权侵权中已经不再是附属于版权侵权人的帮助侵权者，其承担的就不应是帮助侵权责任，而由于其并非直接侵权人，而平台有控制版权侵权的现实能力,并从版权侵权事实中获得直接收益,就需要承担相应的版权侵权替代责任。[①]这两个角度的思考也能够互相印证，主观过错认定内容和责任形态应当一致，需同时变化。且从价值取向上，应当突破技术中立原则，迈向数字向善原则，亦应当为平台设置相应版权过滤义务。[②]

义务的违反导致了责任的承担，而对于版权侵权替代责任而言，平台所要承担的义务也将发生变化，平台不能仅被动响应通知，而应基于其对平台内容的管理能力,主动采取措施,即这一新的责任形态为平台赋予了新的“版权过滤义务”。由于“通知-删除”避风港以平台承担版权帮助侵权责任为基础，以“通知”确保平台主观具备对个案帮助侵权的“已知”，因此在版权侵权替代责任形态中，在不无需考虑个案的“已知”的情况下，“通知-删除”避风港将失去其存在的基础。但“通知-删除”避风港的设立所需要解决的问题，即平台运营过程中因视频数量增多导致的审核压力大大增加的问题，仍旧存在，甚至随着自媒体的发展将对平台造成更大的压力，而承担了版权过滤义务的平台需要加大人力审核或算法优化方面的投入以应对不可预知的版权侵权，大体量的平台在缺失了“通知-删除”避风港后又将重新面对较大的运营成本支出。而技术避风港能够为平台在版权过滤义务上指出一条清晰的合规路线，从而使得平台不必投入极大成本而盲目优化算法，只需在技术上完成明晰、确定的合规即可不被版权侵权问题拖累，是弥补“通知-删除”避风港缺位的一种可行办法。

3. 作为未来设置版权过滤义务的铺垫

对于责任形态由帮助侵权责任变化到侵权替代责任后，对于版权侵权问题的治理手段，除开本文所主张的技术避风港外，还有学者指出，直接苛以平台较高的版权过滤义务就足以解决问题。而对比两种手段，需要注意的是，技术避风港并不与版权过滤义务互斥，技术避风港免除的侵权替代责任，其本质也是版权过滤义务的违反。而二者的区别在于，版权过滤义务的违反是满足侵权的必然的积极构成要件，而技术避风港则是可选的免除侵权责任的手段。本文认为，在当下的互联网平台发展情况下，应当苛以平台一定的版权过滤义务但不可过高，而在此种情况下，技术避风港的设置有利于平台对版权过滤义务的履行。

对于版权过滤义务的设置，主张平台应承担更高的版权过滤义务的观点一般依据为，算法推荐网络服务提供商对其平台内容具有较强的信息管理能力，无论是从法理还是法经济学角度都理应承担较高的注意义务。[③]这种观点的逻辑是自洽的，但问题在于当今的平台所具备的应用算法推荐作品的能力，是否可以称得

[①] 参见朱开鑫：《从“通知移除规则”到“通知屏蔽规则”——〈数字千年版权法〉“避风港制度”现代化路径分析》，载《电子知识产权》，2020 年第 5 期，第 42-52 页。

[②] 参见张吉豫,汪赛飞：《数字向善原则下算法推荐服务提供者的著作权注意义务》，载《知识产权》，2022 年第 11 期，第 54-74 页。

[③] 参见任安麒：《网络服务平台算法推荐的著作权侵权认定规则》，载《北京航空航天大学学报(社会科学版)》，2023 年第 3 期，第 190-198 页。

上是“与较高的版权过滤义务匹配的较高的信息管理能力”。对于这个问题，可以从两方面来看，一方面是，当今应用算法推荐的平台是否掌握了足以进行版权过滤的技术，另一方面是，平台应用算法的作用逻辑是否能够让平台进行版权过滤。从技术上看，如前所述，虽然目前我国的视频平台已经运用了相对成熟的版权过滤技术，但各平台拥有的技术还未达到ContentID的水准，主要原因在于数据库构成，我国的平台所用的版权数据库为平台站内版权视频，而ContentID所用的版权数据库允许版权方自主上传，此外，由于我国目前各音、视频平台并未存在如Youtube之于西方视频平台般一家独大的现象，而是有多家较大平台分庭抗礼，故而仅比较站内版权视频数据的规模，我国平台依然欠缺。而版权方自主上传数据需要时间的累积，不可能一蹴而就，而平台之间互通版权信息则涉及更大的利益纠纷，可行度亦不高。因此从技术而言，我国平台虽然有一定的版权过滤能力，但限于现实条件，这种能力显然不能匹配更高的版权过滤义务。而从算法的角度看，算法辅助审核是应用算法判断作品中是否存在违反法律法规的部分如黄色、血腥暴力等，算法推荐是依赖于作品被打上的各种标签与算法通过浏览记录为用户生成的用户画像的匹配，从而将符合用户浏览习惯的作品推荐给该用户，在这个过程之中，算法所参考的是作品自身的特点和点击量等宏观数据，这本身也不涉及版权问题，也就是说平台目前应用的算法和版权过滤的要求并不一致。而平台应用算法一定意义上也可以说是平台面对海量作品上传的无奈之举，故而不能因此过于苛责平台的版权过滤义务。此外，这种“责任和能力相匹配”的逻辑，将使得互联网产业陷入“谁先适用新技术就由谁承担更高注意义务”的怪圈[①]，反而不利于新技术的应用和效率的提升。

因此，版权过滤义务的设置不宜过高，但平台对版权过滤义务的妥善履行又极为重要，从此角度亦能体现对平台的引导的需求。此时需要有新的制度向平台强调版权过滤义务的重要性的同时为其指明如何履行这种新的义务，但又不能妨碍平台的正常运作。现在亦有部分支持设置版权过滤义务的学者发现了此处的制度缺口，认为法律应当赋予网络服务提供者自主选择的权利,其可以根据自身的技术水平与负担能力进行权衡,选择是事先进行版权内容过滤还是待事后出现损害再进行赔偿。[②]这种想法的更进一步即是技术避风港制度，即对于选择事先进行版权过滤的平台，由政府机关开列技术白名单或定期审核平台自评估报告，平台采用白名单内技术或自评估报告审核通过，即可认定为已履行版权过滤义务，可获取版权侵权责任的免责。由此，通过技术避风港能够引导平台主动采用并完善版权过滤技术，无相应技术基础的平台也能通过技术避风港减少试错成本，而且以上作用完全由平台自主选择是否启用，不会给平台带来额外负担。而待更多平台拥有成熟的版权过滤技术后，版权过滤义务的提高就具备了现实基础。因此，技术避风港是能够兼顾版权过滤义务和平台运营负担的折中方案，亦是一种向未来为平台设置更严格的版权过滤义务作铺垫的过渡手段。

[①] 参见熊琦：《“算法推送”与网络服务提供者共同侵权认定规则》，载《中国应用法学》，2020年第4期，第125-136页。

[②] 张洋：《算法推荐下版权过滤义务的构建》，载《现代法学》，2023年第4期，第75-89页。

（四）技术避风港的实际运行设想

1.可能的运行模式设想

如前所述，技术避风港分为“白名单”型和“自评估”型两种，“白名单”型技术避风港是指公权力机关给出一份明确的技术要求名单，进入避风港的企业需要采取名单内的技术，“自评估”型技术避风港是由公权力机关定期审查企业的自评估报告，企业的报告审核通过即代表企业进入避风港。即前者旨在通过规定技术的具体要求从而确保版权过滤的效果，后者则是直接审查版权过滤效果。在版权过滤技术尚未完全成熟的当下，或许可以“白名单”型避风港，待平台技术成熟后再考虑“自评估”型避风港。

对于这一尚未实行的制度，其可能的运行模式，以及其相对“通知-删除”避风港的优势，我们不妨借助案例开展思想实验进行分析。以本文开头提到的“优酷诉喜马拉雅案”为例，“通知-删除”避风港的运行，在该案中表现为，法院因喜马拉雅公司采用了算法推荐技术，因算法推荐的自身运行并无人力介入，而认定为不存在“应知”，但在“爱奇艺诉字节跳动案”中，法院又认为字节跳动采用了算法推荐技术，因此承担更高的注意义务，故而存在应知，可见法院受制于专业知识所限，难以对平台应用的算法推荐技术进行审查并得出结论。而此时恰恰是技术避风港发挥作用的空间，倘若平台应用了政府有关部门提供的技术白名单抑或是对平台就其应用的版权过滤算法的自评估报告通过了政府有关部门的审查，法院就无需考虑算法推荐技术对是否收到“通知”或言之平台是否“应知”的影响，仅需考虑就版权权利人的“通知”而言平台是否已知，而将关于算法推荐相关的技术审查交由有相关专业知识的政府机关，不仅能够减少审判资源的投入，以上述两案为例体现的裁判尺度分歧亦可得到统一。

2. 与“通知-删除”避风港的关系

“通知-删除”避风港相比技术避风港，主要有着三点区别，第一是启动方式，前者一经平台主动采取就普遍生效，后者须经受害人通过个案启动避风港进程；第二，前者属于事前预防，规制目标是防患于未然，而后者属于事后干预，规制目标是救济于水火[①]；第三是归责基础，“通知-删除”避风港以通知确保“已知”注定了其所免除的是帮助侵权责任，而技术避风港则能兼容帮助侵权责任与替代责任。如前所述，由于平台的商业模式的变化，版权侵权的平台责任应当逐步从帮助侵权责任转为侵权替代责任，而技术避风港可以作为转化的过渡形态。因此对于“通知-删除”避风港的地位，我们也可以分为两段来看待。

在帮助侵权责任阶段，“通知-删除”避风港的归责基础依旧存在，由于“通知-删除”避风港与技术避风港的启动手段和作用时间并不冲突，二者实际上并行不悖，作为一种额外可选的免责手段，“通知-删除”避风港既然有着节约成本的好处，自然不能也不必用技术避风港直接取代。而到了侵权替代责任阶段，由于平台承担侵权替代责任，换言之平台被苛以了版权过滤义务。无论版权过滤义务的轻重，责任的变化代表平台承担侵权责任不需要以平台“已知”或“应知”

[①] 沈伟伟：《技术避风港的实践及法理反思》，载《中外法学》，2023 年第 4 期，第 906-922 页。

为前提，侵权作品在平台上的传播就代表了平台可能未尽其版权过滤义务而承担相应责任，“通知-删除”避风港就完全没有了存在的基础。但“通知-删除”避风港不存在只意味着平台藉由“通知-删除”无法获取免责，“通知-删除”在设置版权过滤义务后仍可作为一种法院酌定侵权责任的考量因素。由于盗版技术也不断革新，版权过滤技术即便足够成熟也不可能做到尽善尽美，侵权不可能因使用了版权过滤技术就被完全杜绝，“收到通知后立即删除”仍可保留作为一种法定或酌定的责任减轻事由，用以平衡积极履行版权过滤义务的平台方因难以避免的偶发侵权行为受到的损失。

此外，对于“通知-删除”避风港而言，另有一条可能可行的进路是随着版权过滤技术的发展，将原有的“通知-删除”避风港转变为“通知-屏蔽”避风港，其核心内容在于虽然不要求平台商对版权侵权内容履行在先审查义务,但要求他们在收到侵权通知后,提高相应的注意义务,不仅履行对特定侵权内容的移除义务,还应当采取过滤技术检测并阻止同一件版权作品被再次上传。[①]将之转化为“通知-屏蔽”避风港后，从归责理论上符合了侵权替代责任的特征，同时也可将平台承担的版权过滤义务细化，分为事前的审核过滤义务和事后收到通知后避免侵权作品再次上传的过滤义务，由“通知-屏蔽”避风港对应后一部分，而空缺的前一部分的检验恰可由技术避风港补足。但对于“通知-屏蔽”避风港的实行，或许仍存在一些问题，如在“证有不证无”的逻辑下似乎只能以作品再次上传举证平台未完成“屏蔽”而难以认定平台已完成了“屏蔽”，而此处举证责任问题若以推定平台完成“屏蔽”或也有过于偏袒平台之嫌。亦或平台主张其在收到通知后运用了某项屏蔽技术，这其中或也有着技术避风港的影子。不过本文旨在讨论技术避风港的引入对解决版权侵权问题的平台责任的作用，对于“通知-屏蔽”避风港的实际运行问题或需留待学者的进一步研讨和技术的进一步发展。

而原有的作为“通知-删除”避风港的例外的“红旗条款”，也可以转为技术避风港的例外。技术避风港的免责逻辑在于，应用权威机关认定合格的技术代表了平台为避免版权侵权作品的上传和传播进到了足够努力。因此，倘若侵权作品足够显而易见，就不能仅以平台应用了相应技术予以免责，而是应当再行审查平台是否履行相应义务而决定其是否承担责任。只不过对于原有“红旗原则”的法条，由于其原本对应的“通知-删除”避风港侧重事后干预，因此在转化为技术避风港的例外时，表述或许应当作一定修改，如将“未采取必要措施”改为“未履行版权过滤义务”，用以匹配技术避风港事前预防的特点。

[①] 这一概念由阿克伦大学法学院 MARK SCHULTZ 教授在 2020 年 2 月 11 日美国参议院知识产权委员会召开 DMCA 现代化修订听证会上最后一个环节做主旨发言时提出。转引自朱开鑫:《从“通知移除规则”到“通知屏蔽规则”——<数字千年版权法>“避风港制度”现代化路径分析》，载《电子知识产权》，2020 年第 5 期，第 42-52 页。

结论

早在二十多年前，莱斯格就提出了“法律、社群规范、市场和技术”的四要素规制框架[①]，而“技术”这种规制手段长期被人忽略。而面对算法的广泛应用，对于版权侵权的平台责任的新变化，技术避风港的应用或许可以实现“技术”的规制。从实然层面上，技术避风港作为一种可选手段，能够在不影响平台运行的情况下，为其指出一条明确的合规路径，进而在不侵损效率的情况下促进版权过滤技术的应用和发展，在算法时代为版权保护助力。从价值上，平台依靠算法推荐、定向投放获取利益，在技术中立的价值取向逐渐消解的情况下，技术避风港可以引领数字向善的新价值取向。在互联网空间中，如莱斯格所言，“代码即法律”，我们可以相信，网络空间依靠技术进行治理，是技术发展下的大势所趋。

[①] (美)劳伦斯·莱斯格:《代码 2.0:网络空间中的法律》,李旭、沈伟伟译,清华大学出版社 2018 年版。

参 考 文 献

[1] 戴昕：《作为法律技术的安全港规则:原理与前景》，载《法学家》，2023 第 2 期，第 31-46、192 页。

[2] 李安:《智能时代版权“避风港”规则的危机与变革》，载《华中科技大学学报(社会科学版)》，2021 年第 3 期，第 107-118 页。.

[3] 王迁:《<信息网络传播权保护条例>中“避风港”规则的效力》，载《法学》，2010 年第 6 期，第 128-140 页。

[4] 沈伟伟：《技术避风港的实践及法理反思》，载《中外法学》，2023 年第 4 期，第 906-922 页。

[5] 王雪蕾：《我国网络平台版权过滤义务的引入与构建》，载《电子知识产权》，2023 年第 2 期，第 34-46 页。

[6] 朱开鑫：《从“通知移除规则”到“通知屏蔽规则”——〈数字千年版权法〉“避风港制度”现代化路径分析》，载《电子知识产权》，2020 年第 5 期，第 42-52 页。

[7] 张吉豫,汪赛飞：《数字向善原则下算法推荐服务提供者的著作权注意义务》，载《知识产权》，2022 年第 11 期，第 54-74 页。

[8] 任安麒：《网络服务平台算法推荐的著作权侵权认定规则》，载《北京航空航天大学学报(社会科学版)》，2023 年第 3 期，第 190-198 页。

[9] 熊琦：《“算法推送”与网络服务提供者共同侵权认定规则》，载《中国应用法学》，2020 年第 4 期，第 125-136 页。

[10] 张洋：《算法推荐下版权过滤义务的构建》，载《现代法学》，2023 年第 4 期，第 75-89 页。

[11] (美)劳伦斯·莱斯格:《代码 2.0:网络空间中的法律》,李旭、沈伟伟译,清华大学出版社 2018 年版。